

University of Groningen

**Enige opmerkingen over het wettelijk verhaalsrecht van de verzekeraar op derden na vergoeding van de schade aan de verzekerde/gelaedeeerde**

Graaf, P.S. de; Wezeman, J.B.

*Published in:*  
Nederlands tijdschrift voor handelsrecht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2010

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Graaf, P. S. D., & Wezeman, J. B. (2010). Enige opmerkingen over het wettelijk verhaalsrecht van de verzekeraar op derden na vergoeding van de schade aan de verzekerde/gelaedeeerde. *Nederlands tijdschrift voor handelsrecht*, 1-9.

**Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

**Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Mr. P.S. de Graaf<sup>\*</sup> en prof. mr. J.B. Wezeman<sup>\*\*</sup>

# Enige opmerkingen over het wettelijk verhaalsrecht van de verzekeraar op derden na vergoeding van de schade aan de verzekerde/gelaedeerde<sup>1</sup>

## 1. INLEIDING

De schade die een verzekerde lijdt, kan door een derde zijn veroorzaakt. Ingeval de derde voor deze schade aansprakelijk is, heeft de verzekerde/gelaedeerde gelijktijdig twee vorderingen: de verzekerde/gelaedeerde kan de aansprakelijke derde aanspreken tot vergoeding van zijn schade, maar hij kan ook uitkering verlangen van zijn eigen schadeverzekeraar.<sup>2</sup> Vaak zal de vordering op de voor de schade aansprakelijke persoon voortvloeien uit een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) of uit een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verbintenis tussen de verzekerde en de derde (art. 6:74 BW). De verzekerde/gelaedeerde kan overigens niet beide vorderingen instellen: hij zal een keuze moeten maken. Ingeval de verzekerde/gelaedeerde de derde aanspreekt en de derde de schade vergoedt, gaat de vordering van de verzekerde/gelaedeerde op zijn schadeverzekeraar teniet omdat hij geen schade meer heeft.<sup>3</sup>

Als de verzekerde de volgorde omkeert en eerst de verzekeraar aanspreekt voor de schade en deze laatste vervolgens uitkeert, kan de derde zich er tegenover de verzekerde/gelaedeerde op beroepen dat deze geen schade meer heeft en dus de grondslag aan diens vordering op de derde is ontvallen.<sup>4</sup>

De verzekerde zal het in de praktijk veelal gemakkelijker vinden een uitkering te claimen van zijn verzekeraar, aangezien zijn relatie met de eigen verzekeraar doorgaans minder conflictueus zal zijn en er bijvoorbeeld tegenover

deze volstaan kan worden met het aantonen van de geleden schade zonder dat bewijs hoeft te worden geleverd van onrechtmatigheid.

De verzekeraar die de schade vergoedt, heeft op zijn beurt een verhaalsrecht op de derde. Het algemene verzekeringsrecht biedt daarvoor een wettelijke grondslag in art. 7:962 BW. Lid 1 van dit artikel bepaalt dat de schadevorderingen die de verzekerde ter zake van door hem geleden schade anders dan uit verzekering op derden heeft bij wijze van subrogatie overgaan op de verzekeraar voor zover deze, al dan niet verplicht, die schade vergoedt. De verzekeraar moet dus wel aan de verzekerde hebben betaald en niet alleen een voornemen daartoe hebben geuit.<sup>5</sup> Een vergelijkbare subrogatieregeling was in het oude recht van 1838 tot 2006 opgenomen in art. 284 WvK.<sup>6</sup>

Het recht van subrogatie vindt zijn grondslag in het privaatrecht en is niet een typisch verzekeringsrechtelijke figuur. In zijn proefschrift *Het transportverzekeringsbedrijf* noemt Van Huizen het recht van subrogatie een recht dat samenhangt met het schadevergoedingskarakter

\* Mr. P.S. de Graaf is universitair docent handelsrecht Rijksuniversiteit Groningen.

\*\* Prof. mr. J.B. Wezeman is hoogleraar handelsrecht en ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen en redacteur van dit tijdschrift.

1. Bewerking van een voordracht gehouden tijdens het ACIS-symposium 'Knelpunten in het verzekeringsrecht deel 2' op 6 november 2009 in Amsterdam.
2. S.J.A. Mulder, *Subrogatie* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 11 en 126; W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 18; H.J. Scheltema, *Verzekeringsrecht*, Groningen/Batavia: J.B. Wolters' uitgeverij 1945, p. 226 schrijft: 'Terloops wijzen wij op het onjuiste betoog, dat de belanghebbende, die nog een vordering op een derde heeft, niet gezegd kan worden schade te hebben geleden, zolang die derde niet insolvent is; hij zou immers de vordering op den derde bezitten. Dientengevolge zou hij in het geheel geen vordering op de verzekeraar hebben. Afgezien van het feit, dat men langs dezen weg ook zou kunnen betoogen, dat de belanghebbende evenmin een vordering bezit op den derde, achten wij dit betoog voldoende weerlegd door het feit dat art. 284 (lees thans: 7:962 BW) in de wet is opgekomen, welk artikel immers uitgaat van het gelijktijdig bestaan van beide vorderingen.' In soortgelijke zin: B.C.J. Loder, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1895, p. 614-615. Zie ook P.S. de Graaf, 'Subrogatie van de schadeverzekeraar', *NJB* 1974, p. 1099 e.v.
3. Zie F.H.J. Mijnsen, 'Een paar facetten van door een verzekeraar te nemen verhaal', in: Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, C. de Groot, P.A.C.E. van der Kooij & S.J.A. Mulder (red.), *Zekerheidshalve, opstellen aangeboden aan Prof. Mr. M.M. Mendel*, Deventer: Kluwer 2003, p. 85.
4. In die zin reeds B.C.J. Loder in zijn bespreking van het proefschrift van Van Asch van Wijck, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1895, p. 613 e.v. Zie HR 7 januari 2000, *NJ* 2000, 212 (*Nationale-Nederlanden/Woudsend*; m.nt. MMM), r.o. 3.3.
5. Vgl. bijv. Rb. Rotterdam 19 september 2007, *NJF* 2007, 500.
6. Zie over art. 284 WvK met name Mulder (diss.) 1988. Een met art. 7:962 BW vergelijkbare verhaalsregeling is ook opgenomen in de wetgeving van de landen om ons heen. Zie F.H.J. Mijnsen, *Verzekering* (Monografieën BW, deel B88), Deventer: Kluwer 2007, p. 102-103.

van de verzekeringsovereenkomst.<sup>7</sup> Het is billijk dat schade uiteindelijk vergoed wordt door degene die de schade veroorzaakt heeft. De regel van art. 7:962 BW voorkomt dat de derde zou profiteren van de door de gelaedeerde afgesloten schadeverzekering. De bepaling is in het bijzonder van belang wanneer men aanneemt dat een verzekeraar als regel niet uit eigen hoofde de derde zou kunnen aanspreken.<sup>8</sup>

Vanuit de overweging dat het niet billijk is wanneer de derde zou profiteren van de door verzekerde/gelaedeerde afgesloten schadeverzekering moet het niet uitmaken of de verhaal zoekende verzekeraar verplicht of slechts uit 'coulance' een uitkering heeft gedaan. Art. 7:962 BW bepaalt uitdrukkelijk dat het verhaalsrecht van de verzekeraar ook ontstaat indien de verzekeraar krachtens de polis weliswaar niet verplicht is de schade (volledig) te vergoeden, maar daartoe toch overgaat.<sup>9</sup> Onder het oude recht oordeelde de Hoge Raad hierover aanvankelijk anders<sup>10</sup>, maar in 2000 ging de Hoge Raad op dit punt – terecht – om. Zie HR 7 januari 2000, NJ 2000, 212 (*Nationale-Nederlanden/Woudsend*).<sup>11</sup>

In plaats van de gelaedeerde verzekerde kan de schadeveroorzakende derde dus diens schadeverzekeraar tegenover zich vinden of mogelijk zelfs beide. Een eenmaal door de verzekeraar aan de verzekerde verstrekte schade-uitkering wordt verdisconteerd bij de berekening van de schadevergoeding die de verzekerde nog van de laedens kan vorderen. Dekt de ontvangen uitkering de schade van de verzekerde niet volledig, dan kan ook de verzekerde de laedens nog aanspreken, voor het resterende deel van de schade.

Art. 7:962 BW bepaalt overigens expliciet dat alleen vorderingen tot *schadevergoeding* krachtens subrogatie overgaan op de verzekeraar. De verzekeraar treedt dus niet in de rechten die reeds bestonden voordat de schade door het evenement werd toegebracht. Een verzekeraar die verlies door diefstal vergoedt, wordt dus niet door subrogatie eigenaar van het ontvreemde.<sup>12</sup> Wel kan in voorkomende gevallen een ontvreemde zaak aan de verzekeraar worden geleverd door middel van een daartoe bestemde akte. Zie art. 3:95 BW. Eigendomsovergang is immers niet reeds uitgesloten op de enkele grond dat op het tijdstip van de overdracht de zaak in het bezit van een

derde is. De verzekeringsvoorwaarden kunnen de verzekerde tot een dergelijke overdracht verplichten.

Tot zover kort de hoofdregel van art. 7:962 BW. Wij zullen nu een aantal aspecten van het wettelijk verhaalsrecht van de verzekeraar op derden belichten. Wij beperken ons daarbij tot het Nederlandse recht. In de Nederlandse verzekeringspraktijk stuiten we ook vaak op verzekeringsovereenkomsten waarop buitenlands recht, bijvoorbeeld Engels verzekeringsrecht, van toepassing is. De subrogatie van de verzekeraar moet in zo'n geval ook naar buitenlands recht worden beoordeeld.<sup>13</sup> Ook laten wij de positie van herverzekeraars buiten beschouwing. Titel 17 Boek 7 BW is niet van toepassing op herverzekeraars (zie art. 7:927 BW); herverzekeraars hebben dus geen beroep op art. 7:962 BW.

## 2. VERHAAL IS NIET VERPLICHT

Art. 7:962 BW wil dus voorkomen dat de laedens profiteert van de prudentie van een verzekerde/gelaedeerde die toch meestal geheel vrijwillig een verzekering heeft afgesloten en daarvoor premie heeft betaald. Het verhaalsrecht van de verzekeraar is echter niet dwingend. Partijen kunnen anders overeenkomen en natuurlijk mag de verzekeraar afzien van verhaal, zoals iedere schuldeiser afstand kan doen van een vorderingsrecht. Zoals de Amerikanen zeggen: 'you can take a horse to the water, but you can't make it drink'.

De verzekeraar kan in individuele gevallen afzien van verhaal, bijvoorbeeld omdat de verzekeraar anderszins in een (contractuele) relatie staat tot de laedens en deze relatie niet wil verstoren. Het kan ook zijn dat de laedens juist bij de verhaal zoekende verzekeraar tegen aansprakelijkheid is verzekerd. Vestzak/broekzak-verschuivingen hebben uiteraard geen zin.

Het kan ook zijn dat de verzekeraar uit maatschappelijke overwegingen afziet van verhaal of tegemoet wil komen aan in de praktijk levende verwachtingen. Zo is na een al langer bestaande praktijk<sup>14</sup> in 1984 het zogenoemde Bindend Besluit Regres van de (voormalige) Vereniging van Brandassuradeuren in Nederland in werking getreden, op 1 januari 2000 vervangen door de Bedrijfsregeling Brandregres (BBr), opgesteld door het Verbond van Verzekeraars.<sup>15</sup> De BBr geldt als gedragsnorm voor de

7. Ph.H.J.G. van Huizen, *Het transportverzekeringsbedrijf, Juridische en rechtsvergelijkende beschouwingen* (diss. Rotterdam), 1988, p. 301.

8. Zie daarover nader par. 10 hierna.

9. Zie Rb. Rotterdam 19 september 2007, NJF 2007, 500. De rechtbank besliste ook dat voor een verhaalsrecht ex art. 7:962 BW onvoldoende is dat de verzekeraar het voornemen heeft geuit tot uitkering aan de benadeelde over te gaan. De verzekeraar zal moeten hebben betaald wil sprake zijn van subrogatie.

10. Zie HR 7 januari 2000, NJ 2000, 212 (*Nationale-Nederlanden/Woudsend*; m.nt. MMM). Anders nog Rb. Maastricht 7 juli 2004, S&S 2007, 103. De Hoge Raad kwam in het arrest van 7 januari 2000 voor art. 284 WvK (oud) terug op andersluidende beslissingen in HR 10 januari 1941, NJ 1941, 824 (*Dongala*) en HR 24 januari 1964, NJ 1964, 465.

11. Zie over de ratio van het wettelijk verhaalsrecht van de verzekeraar ook F.H.J. Mijnsen, 'Een paar facetten van door een verzekeraar te nemen verhaal', in: Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, C. de Groot, P.A.C.E. van der Kooij & S.J.A. Mulder (red.), *Zekerheidshalve, opstellen aangeboden aan Prof. Mr. M.M. Mendel*, Deventer: Kluwer 2003, p. 86.

12. Hetzelfde gold onder het oude recht krachtens de in 1992 gewijzigde tekst van art. 284 WvK (oud) en daarvoor al op grond van de jurisprudentie. Zo besliste de Hoge Raad in de arresten *Gestolen Mercedes* (HR 27 april 1979, NJ 1981, 139), *Gestolen Fiat I* (HR 1 februari 1980, NJ 1981, 140) en *Gestolen Fiat II* (HR 7 mei 1982, NJ 1983, 241) dat krachtens art. 284 WvK (oud) geen rechten op goederen overgaan.

13. Zie ter illustratie Rb. Rotterdam 26 november 2008, LJN BG5676.

14. Het Bindend Besluit Regres 1984 werd voorafgegaan door de Afstandsverklaring Regres die door de toenmalige Vereniging van Brandassuradeuren op 12 februari 1954 werd gepubliceerd. Vgl. S.H. Steendam, 'Het ontstaan van de brandregresregeling 1984', VA 1985, p. 243 e.v.

15. De BBr met toelichting is te vinden op de website van het Verbond: <www.verzekeraars.nl>. Zie hierover o.a. P.C.M. de Graaf & F.R.A. Schaaf, *Brandregres: Een praktische handleiding bij de Bedrijfsregeling Brandregres 2000*, Amsterdam: NIBE-SVV 2009.

bij het verbond aangesloten brandverzekeraars. De overgrote meerderheid van de brandverzekeraars heeft zich aan de BBr gebonden. Deze verzekeraars zullen op geen enkele wijze, direct noch indirect, verhaal nemen op de veroorzaker van door een verzekerde geleden, onder de brandpolis gedekte brandschade. Zo wordt er bijvoorbeeld geen verhaal genomen op de huurder of bruiklenner van een verzekerde zaak. Deze verhaalsafstand is echter niet absoluut. Het recht tot verhaal blijft onder andere van kracht jegens degene door wiens opzet de schade is ontstaan. Zie art. 3 BBr. Ook blijft verhaal mogelijk op de niet-particulier die de schade heeft veroorzaakt bij de uitoefening van een beroep of bedrijf, zij het dat het verhaal dan in beginsel tot een maximum van € 500 000 per schadegebeurtenis wordt beperkt (art. 2.1 BBr).<sup>16</sup> Verhaal blijft weer achterwege (art. 5 BBr) als daardoor de onverzekerde belangen van de verzekerde (of van een andere direct getroffene) worden geschaad. Wij wijzen nog op een opmerkelijke consequentie van de keuzevrijheid van de verzekerde. Stel: een verzekerd bedrijfspand brandt af door onzorgvuldigheid van een dakbedekkingsbedrijf. De schade belooft € 1 miljoen. De schade is gedekt onder de brandverzekering. Kiest de gelaedeerde eigenaar ervoor zijn brandverzekeraar aan te spreken, dan loopt het dakbedekkingsbedrijf een verhaalsrisico van maximaal € 500 000. Maar de verzekerde zou ook in eigen naam (en zonder last van de verzekeraar) de volledige brandschade bij het dakbedekkingsbedrijf kunnen claimen. Het BBr is dan dus niet aan de orde en het dakbedekkingsbedrijf is per saldo slechter af.<sup>17</sup>

### 3. BEPERKINGEN VAN HET VERHAALS-RECHT: VERHAALSIMMUNITEIT

Verzekeraars zien dus soms uit maatschappelijke overwegingen af van verhaal. Er zijn verder gevallen waarin de verzekerde waarschijnlijk zelf niet tot verhaal zou zijn overgegaan. In zulke gevallen zal verhaal door de verzekeraar doorgaans ook onwenselijk zijn. Onder het oude recht werd voor art. 284 WvK (oud), dat sprak over subrogatie van vorderingen op 'derden', daarom in de lagere jurisprudentie lange tijd aangenomen dat bepaalde naasten, zoals medeverzekerden, niet als derden konden worden aangemerkt. Van een duidelijke, vaste regel kon echter niet worden gesproken.<sup>18</sup> Pas bij arrest van 31

maart 2006, NJ 2007, 20 (m.nt. MMM) besliste de Hoge Raad met zoveel woorden dat een medeverzekerde onder dezelfde polis niet als derde in de zin van art. 284 WvK (oud) kon worden aangemerkt.

In het nieuwe verzekeringsrecht is de gedachte dat op bepaalde personen geen verhaal moet worden genomen duidelijker geformuleerd. Het derde lid van art. 7:962 BW noemt een aantal naasten van de verzekerde, jegens wie de verzekeraar geen verhaalsvordering krijgt. Dit is een dwingende regeling, waarvan niet ten nadele van de derde mag worden afgeweken (art. 7:963 lid 1 BW). Het gaat om personen die, kort gezegd, een persoonlijke of economische verhouding hebben met de verzekerde.

Allereerst verkrijgt de verzekeraar geen verhaalsvordering op de verzekeringnemer of op een medeverzekerde.

Voorts is krachtens art. 7:962 lid 3 BW geen verhaal mogelijk op de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot van een verzekerde (ongeacht het huwelijksgoederenregime), op de geregistreerde partner of andere levensgezel van een verzekerde, op bloedverwanten in de rechte lijn van een verzekerde (zie art. 1:3 BW) en, ten slotte, op een werknemer, collega of werkgever van de verzekerde.<sup>19</sup>

Verzekeringen worden in de regel mede in het belang van deze naasten gesloten. Verhaal door de verzekeraar zou de relatie tussen de verzekerde en de naaste kunnen verstoren en de verzekerde mogelijk ook economisch kunnen raken.<sup>20</sup>

Onder 'levensgezellen' moeten trouwens worden verstaan 'meerderjarigen die, anders dan als elkaars echtgenoot, met elkaar een nauwe persoonlijke betrekking hebben'.<sup>21</sup>

In dit kader kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een samenwonende broer en zus. Uitsluiting van het verbaalsrecht op werknemers heeft overigens in de praktijk geen grote betekenis.<sup>22</sup> Op grond van het arbeidsrecht is de werknemer jegens de verzekerde werkgever immers alleen aansprakelijk in geval van opzet of bewuste roekeloosheid (zie art. 7:661 BW). De uitsluiting is intussen ook niet zonder betekenis, bijvoorbeeld als de werknemer buiten uitoefening van zijn werkzaamheden schade aan de werkgever berokkent.<sup>23</sup> Onduidelijk is naar welk moment de verhaalsimmunititeit moet worden beoordeeld. Op welk moment moet je levensgezel etc. zijn? Voor de hand ligt ons inziens het tijdstip van het intreden van het evene-

16. Een soortgelijke beperking kwam voor in het Bindend Besluit Regres. Zie hierover HR 15 januari 1999, NJ 1999, 242 (*Mastum Dakbedeking/Nationale-Nederlanden*).

17. De hier beschreven consequentie doet zich uiteraard niet alleen voor ten aanzien van de BBr maar, mutatis mutandis, ook in andere situaties waarin de subrogatie geblokkeerd is op grond van bijv. verhaalsimmunititeit (hierna, par. 3) of Tijdelijke regeling verbaalsrechten (hierna, par. 8).

18. Zie in dit verband Hof 's-Hertogenbosch 10 december 1974, NJ 1975, 141 en Mulder (diss.) 1988, p. 54 e.v.

19. Vgl. Hendrikse/Martius/Rinkes, *Parl. Gesch. Verzekering*, p. 202 en 203. Zie over art. 7:17.2.25 NBW verder P.J.M. Drion, in: J.H. Wansink e.a., *Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Tjeenk Willink 2005, p. 167 e.v. Op de uitsluiting in arbeidsverhoudingen is met name aangedrongen door de SER. De opsomming van de naasten in familieverband is beperkt: regres is bijvoorbeeld wel mogelijk op broers en zusters en op zwagers en schoonzussen.

20. Zie Hendrikse/Martius/Rinkes, *Parl. Gesch. Verzekering*, p. 202. J.J. Mos, *Verkeersrecht* 2006, p. 269 e.v. meent dat dat onzin is, zeker wanneer de aansprakelijke naaste een aansprakelijkheidsverzekering heeft.

21. Zie Hendrikse/Martius/Rinkes, *Parl. Gesch. Verzekering*, p. 203. Zie ook aanwijzing 72a van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

22. C.C. van Dam, 'De schadeverzekering naar komend recht', in: A.J.M. Nuytink e.a., *Verzekering naar komend recht* (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' en de Vereniging voor de verzekeringswetenschap), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 111.

23. Vgl. ook Niels Frenk, 'Subrogatie in het nieuwe verzekeringsrecht (art. 7:962 BW)', *VR* 2005, p. 268. We kunnen ook denken aan het geval dat een werknemer met bewuste roekeloosheid letselschade heeft toegebracht aan zijn werkgever. De immunititeit van de werknemer staat aan verhaal door de zorgverzekeraar van de werkgever in de weg. Gelet op art. 15 Zvw kan het verbaalsrecht in dit geval ook niet herleven via de slotzin van art. 7:962 lid 3 BW.

ment, dus niet pas het moment waarop verhaal wordt gezocht.<sup>24</sup>

Er is in art. 7:962 lid 3 BW één lastig geformuleerde uitzondering op de verhaalsimmuniteit: de verhaalsuitsluiting geldt niet voor personen die jegens de verzekerde aansprakelijk zijn wegens een omstandigheid die 'afbreuk zou hebben gedaan aan de uitkering, indien die omstandigheid aan de verzekerde zou zijn toe te rekenen'. De wetgever doelt hier met name op het geval dat de naaste de schade met opzet of door roekeloosheid heeft veroorzaakt (art. 7:962 lid 3 laatste zin BW). De verzekeraar kan dan toch verhaal nemen op de naaste, omdat de verzekeraar niet had hoeven uit te keren als de verzekerde zelf door opzet of roekeloosheid de schade veroorzaakt had. Zie art. 7:952 BW.<sup>25</sup> Als de verzekering opzet of roekeloosheid wel dekt (denk aan de zorgverzekering, art. 15 Zvw), geldt de uitzondering niet en kan in dat geval weer géén verhaal op de opzettelijk schade veroorzakende naaste worden genomen.

Denkbaar is dat in de verzekeringsvoorwaarden nog andere schadeveroorzakende gedragingen van de verzekerde zijn uitgesloten. Berust de aansprakelijkheid van de naaste jegens de verzekerde op zo'n gedraging dan geldt de verhaalsimmuniteit van art. 7:962 lid 3 BW evenmin. Van de verhaalsuitsluiting is verder uitgezonderd het geval dat de derde, hoewel hij daartoe in de gelegenheid was, na het voorval heeft nagelaten redelijke maatregelen te nemen die tot vermindering van de schade hadden kunnen leiden en deswege jegens verzekerde aansprakelijk is. Schending van de bereddingsplicht door de verzekerde zelf zou immers 'afbreuk' hebben gedaan aan de verzekeringsuitkering, in die zin dat verzekeraar de schade die voorkomen had kunnen worden op zijn uitkeringsplicht in mindering had kunnen brengen.<sup>26</sup> Zie art. 7:957 lid 3 BW. In een dergelijk geval zal verzekeraar verhaal op de derde kunnen nemen ten belope van die voorkomende schade.

#### 4. NEMO-PLUSREGEL

De verzekeraar die de schade vergoedt, treedt krachtens art. 7:962 BW in de schadevergoedingsrechten – met alle daaraan eventueel verbonden nevenrechten (art. 6:142 BW) – van de verzekerde op de schadeveroorzakende derde. Deze rechtsopvolging voltrekt zich op het moment van de verzekeringsuitkering van rechtswege en wel bij wijze van *subrogatie*. Bij subrogatie gaat een *bestaande* vordering over. De verhaal zoekende verzekeraar ontleent aan art. 7:962 BW dus *geen zelfstandig* verhaalsrecht.<sup>27</sup>

De verhaal zoekende verzekeraar ontleent met andere woorden zijn rechten aan de verzekerde. Hij heeft daarom *niet meer* rechten dan aan de verzekerde zelf toekwamen. De laedens behoort door de subrogatie van art. 7:962 BW niet in een nadeliger positie te geraken dan het geval zou zijn geweest indien geen verzekering had bestaan. De laedens kan daarom alle verweermiddelen die hij tegen de verzekerde zelf kon tegenwerpen ook aan de verzekeraar tegenwerpen (zie art. 6:145 BW). Dat is bijvoorbeeld van belang indien de laedens (de omvang van) zijn aansprakelijkheid of de schade bestrijdt of een beroep doet op verjaring.<sup>28</sup>

De laedens behoort door de subrogatie overigens ook niet in een gunstiger positie te komen.<sup>29</sup>

De nemo-plusregel leidt voor de verzekeringspraktijk tot een aantal bijzonderheden. Wij noemen er twee (zie par. 5 en par. 6).

#### 5. EIGEN SCHADE VAN DE VERZEKERAAR

Allereerst verhindert de nemo-plusregel dat de verzekeraar zich ook krachtens art. 7:962 BW voor *eigen* schade op de derde kan verhalen. We moeten bij die eigen schade van de verzekeraar met name denken aan door de verzekeraar gemaakte kosten, zoals redelijke kosten gemaakt voor vaststelling van de schade (expertisekosten), kosten voor het vaststellen van de aansprakelijkheid en kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte ('incassokosten').<sup>30</sup> Het gaat hier om (soms aanzienlijke) kosten die, indien zij door de verzekerde zelf zouden zijn gemaakt, in ieder geval wel als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komen (art. 6:96 BW). De verzekeraar wordt echter niet in deze nevenvorderingen van de verzekerde *gesubrogeerd*. Het probleem is immers dat de verzekeraar krachtens art. 7:962 BW alleen verhaal heeft voor maximaal het bedrag dat hij daadwerkelijk zelf aan de verzekerde heeft vergoed.<sup>31</sup> En deze 'nevenkosten' zijn nu juist niet gemaakt door de verzekerde en zijn niet door de verzekeraar aan de verzekerde vergoed.

Voor de incassokosten heeft de rechtspraak, als wij het goed zien, inmiddels een mouw aan het probleem gepast. Eigen, redelijke incassokosten van de verzekeraar om de gesubrogeerde vordering te innen worden aangemerkt

24. In die zin ook: Mulder (diss.) 1988, p. 130; T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 93; Asser/Clausing/Wansink 2007, nr. 434. Vgl. ook P.J.M. Drion in: *Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 7.17 BW belicht*, 2005, p. 175.

25. De Hoge Raad wil deze uitzondering niet toepassen op gevallen waarop art. 284 WvK (oud) nog van toepassing is. Zie HR 31 maart 2006, NJ 2007, 20 (m.nt. MMM).

26. Zie Hendrikse/Martius/Rinkes, *Parl. Gesch. Verzekering*, p. 208.

27. Zie hierover o.a. R.M. Wibier, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen* (Monografieën BW, deel B44), 2009, p. 57-58.

28. Zie over verjaring en regresvorderingen J.L. Smeehuizen, 'Verjaring en rechtsvorderingen krachtens subrogatie en zelfstandig wettelijk verhaalsrecht', *WPNR* 2005, p. 66-75. Zie ook HR 1 april 2005, NJ 2006, 377 (m.nt. MMM).

29. Zie in dit verband Mendel over de regel 'non peius sed non melius' in zijn noot onder HR 1 april 2005, NJ 2006, 377.

30. Zie hierover o.a. S.D. Lindenberg, 'Kosten bij verhaal krachtens subrogatie', in: *Van draden en daden* (Wansink-bundel), Deventer: Kluwer, 2006, p. 321 e.v.; P.M. Leerink, *NTHR* 2007, p. 24-26.

31. Evenzo: Lindenberg, l.c., p. 324. Verdedigbaar is dat wel subrogatie plaatsvindt indien de expertisekosten zijn meeverzekerd.

als krachtens art. 6:96 BW voor vergoeding in aanmerking komende eigen vermogensschade van de verzekeraar.<sup>32</sup> Bij expertisekosten is een soortgelijke oplossing denkbaar.<sup>33</sup> De Hoge Raad heeft in ieder geval een paar jaar geleden voor het zelfstandig verbaalsrecht van een ziekenfonds bepaald dat het redelijk is dat het ziekenfonds op grond van art. 6:96 BW ook zelfstandig aanspraak kan maken op expertisekosten. De laedens mag dus niet profiteren van het bestaan van – in dit geval – een sociale verzekering.<sup>34</sup> Gelet op deze ratio zien wij geen bezwaar ook voor een gesubrogeerde particuliere verzekeraar aan te nemen dat hij vergoeding kan vragen voor zijn eigen expertisekosten, althans voor zover het gaat om kosten die de verzekerde zelf in redelijkheid ook zou hebben moeten maken. Een deel van de gemaakte kosten zal daarom wellicht als algemene bedrijfskosten voor eigen rekening van de verzekeraar blijven.<sup>35</sup>

In de (lagere) rechtspraak over vergoeding van expertisekosten en incassokosten wordt intussen nog wisselend geoordeeld. Vgl. afwijzend Hof Den Haag 25 februari 2005, *LJN* AT4375 en recentelijk Rb. Rotterdam 22 juli 2009, *LJN* BJ5446. Toewijzend echter: hetzelfde Hof Den Haag 11 november 2008, *LJN* BG8168. Toewijzend ook: Rb. Alkmaar 25 maart 2009, *LJN* BH7962 (gedeeltelijke toewijzing expertisekosten: wel voor de kosten gemaakt om de schade vast te stellen, maar niet voor de kosten om de schade ‘netjes af te handelen’). In principe toewijzend ook: Rb. Haarlem 26 september 2007, *LJN* BD5747. De rechtbank vond het echter niet redelijk dat de verzekeraar ook de kosten van een ‘beloningsadvertentie en het tipgeld’ kon claimen bij de laedens. Over de buitengerechterlijke incassokosten oordeelde de rechtbank dat ‘brandverzekeraars (...) in beginsel aan artikel 284 WvK een eigen recht (kunnen) ontleen voor de aanspraak op vergoeding’, maar dat de geclaimde ‘studietijd’ van de advocaten niet als buitengerechterlijke werkzaamheden zijn aan te merken: dat behoort namelijk ‘tot de kennisname van de zaak en het daartoe relevante recht, het verzamelen van feiten en het gereedmaken van het dossier’.

Ten slotte noemen wij nog de wettelijke rente. Vanaf het moment van subrogatie – dus vanaf de uitkering – heeft de verzekeraar zelfstandig recht op wettelijke rente. Vgl. art. 6:119 BW jo. art. 6:83 en 6:74 lid 1 BW. Aangenomen kan worden dat de laedens ter zake zonder ingebrekestelling in verzuim is. Maar het kan geen kwaad dat de verzekeraar zo snel mogelijk na het doen van de verzekeringsuitkering de laedens de wettelijke rente aanzegt.<sup>36</sup>

## 6. BENADELING VAN VERZEKERAAR

Wij noemen een tweede consequentie van de nemo-plusregel. Deze regel kan ertoe leiden dat de verzekeraar door rechtshandelingen van de verzekerde wordt benadeeld. De verzekeraar wordt immers niet meer gesubrogeerd indien de verzekerde afstand heeft gedaan van zijn vordering op de laedens. Om dit te voorkomen moet de verzekerde zich na de verwezenlijking van het risico onthouden van elke gedraging welke aan het recht van de verzekeraar tegen de aansprakelijke derde afbreuk doet.<sup>37</sup> Aldus art. 7:962 lid 1 tweede zin BW. De verzekerde die deze wettelijke verplichting bewust of onbewust schendt door afstand te doen van zijn vordering op de laedens, kan door de verzekeraar worden aangesproken tot schadevergoeding uit hoofde van art. 6:74 BW. De verzekeraar dient dan de omvang van de schade als gevolg van deze frustratie van het verbaalsrecht aan te tonen. Van belang is daarbij met name of de laedens daadwerkelijk verhaal zou hebben geboden.

In het oog moet worden gehouden dat art. 7:962 BW alleen verplichtingen inhoudt voor de verzekerde *na* de verwezenlijking van het risico. De verzekeraar zal dus wel achter het net vissen als de verzekerde bijvoorbeeld in het verleden, dus voor de verwezenlijking van het risico, een exoneratiebeding heeft aanvaard waardoor de laedens vrijuit gaat.<sup>38</sup>

Een andere vorm van benadeling van verzekeraar kan zich voordoen indien de schade van de verzekerde ten onrechte zowel door de verzekeraar als door de laedens is vergoed. Werd de schade in eerste instantie door de laedens vergoed, dan geschiedt de betaling daarna door verzekeraar onverschuldigd. De schade was immers al vergoed (vgl. par. 1 hierboven). Verzekeraar zal zijn uitkering als onverschuldigd betaald kunnen terugvorderen (art. 6:203 BW).

Vergoedde verzekeraar als eerste de schade en betaalt de laedens daarna aan verzekerde, dan betaalt de laedens aan iemand die zijn schuldeiser niet meer is. Verzekeraar was immers door de uitkering in die vordering gesubrogeerd. Verzekeraar zal in dit geval op grond van het afbreukverbod van art. 7:962 lid 1 BW (jo. art. 6:36 BW) verhaal op de verzekerde kunnen nemen. De laedens die ten onrechte en te goeder trouw aan de verzekerde betaalde zal niet (nogmaals) tot betaling kunnen worden aangesproken. Zie art. 6:34 BW. De laedens komt deze bescherming echter alleen toe voor zover hij *daadwerkelijk* aan de verzekerde betaalde. Werd hem bijvoorbeeld zijn schuld

32. Vgl. Lindenberg, l.c., p. 325, die o.a. wijst op HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400, HR 31 mei 2002, *NJ* 2004, 161 en HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 572. Evenzo Asser/Clausing/Wansink 2007, nr. 432. Zie hierover ook A.M.F. de Groot & M.L. Hendrikse, *De buitengerechterlijke kosten* (Preadvies VIA), Zutphen: Uitgeverij Paris 2005, p. 18-19.

33. Zie daarover uitgebreid: M.L. Hendrikse & A.M.F. de Groot, ‘Buitengerechterlijke kosten in het schadeverzekeringsrecht’, *PP* 2004, p. 153 e.v.

34. HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 645 (*Sterpolis/Amicon*). Zie hierover Lindenberg, l.c., p. 327.

35. Evenzo Lindenberg, l.c., p. 329. In de praktijk zijn verzekeraars overigens soms geneigd geen verhaal voor expertisekosten te zoeken indien dat verhaal voor rekening zou komen van de verzekeraar van de laedens. Vgl. Asser/Clausing/Wansink 2007, nr. 432.

36. Zie HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007, 142 (*BAM/Winterthur*; m.nt. MMM). Zie over dit arrest P.M. Leerink, *NTHR* 2007, p. 24-26, Asser/Clausing/Wansink 2007, nr. 432 en E.F.D. Engelhard, *AV&S* 2007, p. 247. Zie ook Hof Den Haag 11 november 2008, *LJN* BG8168. De verzekeraar ontleent het recht op vergoeding van wettelijke rente dus niet aan art. 7:962 BW. Vgl. voor het oude recht HR 4 februari 1972, *NJ* 1972, 203.

37. Vóór invoering van het NBW in 1992 volgde hetzelfde uit het in 1992 vervallen slot van art. 284 WvK (oud). Zie ook art. 6:154 BW, hoewel het niet geheel zeker is of dat artikel wel geldt voor subrogatiebepalingen buiten Boek 6 BW. Vgl. Asser/Clausing/Wansink 2007, nr. 440.

38. Hendrikse/Martius/Rinkes, *Parl. Gesch. Verzekering*, p. 202-203.

door verzekerde gedeeltelijk kwijtgescholden, nadat verzekerde de schadevergoeding van verzekeraar incasseerde, dan heeft de laedens in zoverre geen beroep op art. 6:34 BW, zodat hij voor dat deel door verzekeraar kan worden aangesproken.<sup>39</sup>

## 7. VERHAAL MAG DE VERZEKERDE NIET BENADELEN

Wij komen nog even terug op de reikwijdte van art. 7:962 BW. Naast de verhaalsimmunitet van art. 7:962 lid 3 BW bestaan nog enkele andere uitzonderingen of beperkingen van het wettelijk verhaalsrecht van de schadeverzekeraar op derden. Zo worden de verhaalsmogelijkheden van de schadeverzekeraar beperkt door art. 7:962 lid 2 BW. Dit artikellid ziet op het geval waarin de schadevergoedingsvordering van de verzekerde op de laedens niet volledig op de verzekeraar is overgegaan. Men kan denken aan het geval dat de verzekerde een eigen risico draagt, dat een aantal schadecomponenten niet gedekt is of dat de verzekerde anderszins te laag verzekerd is.<sup>40</sup> De verzekeraar moet een gelijktijdig verhaal zoekende verzekerde dan vóór laten gaan. Zie art. 7:962 lid 2 BW: de verzekeraar kan de vordering waarin hij is gesubrogeerd – of die hij mogelijk door overdracht heeft verkregen – niet ten nadele van het recht op schadevergoeding van de verzekerde uitoefenen. De verzekeraar die deze dwingende regel schendt, wordt ongerechtvaardigd verrijkt en dient desgevorderd het nadeel van de verzekerde te vergoeden.<sup>41</sup> De verzekeraar die verhaal wil zoeken op de laedens doet er daarom verstandig aan zijn verzekerde daarover tijdig te informeren.<sup>42</sup>

In de literatuur wordt overigens de vraag opgeroepen of de 'voorrang' die art. 7:962 lid 2 BW de verzekerde biedt wel in alle gevallen billijk is. Cieremans noemt het geval waarin het de verzekerde is toe te rekenen dat de verzekeraar niet de volledige schade vergoedt (bijvoorbeeld wegens het niet nakomen van de meldings- of bereddingsplicht).<sup>43</sup> Steun verdient de opvatting van Frenk die verdedigbaar acht dat een beroep van verzekerde op art. 7:962 lid 2 BW in dat geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>44</sup>

## 8. OVERIGE UITZONDERINGEN EN BEPERKINGEN

De niet-toepasselijkheid van art. 7:962 BW kan ook voortvloeien uit de aard van de aansprakelijkheid van de derde.

Allereerst vereist art. 7:962 lid 1 BW dat de schadevorderingen waarin de verzekeraar zal worden gesubrogeerd

zelf niet voortvloeien uit verzekering. Voor de mogelijke samenloop van schadeverzekeringen en de onderlinge draagplicht van de betrokken verzekeraars is een afzonderlijke regeling opgenomen in art. 7:961 BW, dat de eerst aangesproken verzekeraar een zelfstandig, niet op subrogatie gebaseerd, verhaalsrecht toekent.<sup>45</sup> Subrogatie is hier niet bruikbaar, omdat deze tot het ongerijmd resultaat zou leiden dat de eerstbetalende verzekeraar het door hem uitgekeerde bedrag volledig op de tweede verzekeraar zou kunnen verhalen. Het antwoord op de vraag welke verzekeraar uiteindelijk de hele schade zou moeten dragen, zou daarmee afhangen van de toevallige keuze van verzekerde welke verzekeraar hij als eerste aanspreekt.

In de tweede plaats moet rekening worden gehouden met het in 1992 onder de naam *Tijdelijke regeling verhaalsrechten* ingevoerde art. 6:197 BW. Art. 6:197 lid 2 BW sluit subrogatie uit voor bepaalde claims. Het gaat dan om schadevergoedingsrechten voortvloeiend uit een reeks bijzondere aansprakelijkheidsbepalingen uit Boek 6 BW (art. 6:165, 166, 169, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 185 BW) en een aantal aansprakelijkheidsbepalingen uit Boek 8 BW (uit de afdelingen 4 van titel 6, 4 van titel 11, 1 van titel 14 en 4 van titel 19). Het gaat bijvoorbeeld om aansprakelijkheid voor schade toegebracht in groepsverband of door een kind jonger dan veertien jaar. Vaak betreft het hier een soort risicoaansprakelijkheid. De wetgever acht het (voorlopig) ongewenst dat ook anderen dan het slachtoffer (de direct getroffen benadeelde) zelf, zoals met name schadeverzekeraars, zich op de in deze bepalingen opgenomen (risico)aansprakelijkheidsbepalingen kunnen beroepen.<sup>46</sup> Art. 6:197 lid 2 onder a BW verhindert dat de rechten van de gelaedeerde uit deze bijzondere aansprakelijkheidsbepalingen krachtens de subrogatieregeling van art. 7:962 BW (of anderszins: zie art. 6:197 lid 3 BW) overgaan op diens schadeverzekeraar. Keerde de (aansprakelijkheids)verzekeraar uit aan of ten behoeve van de dader ter zake van diens aansprakelijkheid, dan treedt deze verzekeraar wel in de verhaalsrechten (vgl. art. 6:10 jo. 102 BW) van zijn aansprakelijke verzekerde op een eveneens aansprakelijke mededader.

Aantekening verdient nog dat art. 6:197 BW het verhaal alleen uitsluit voor zover het uitdrukkelijk gebaseerd is op één van de daarin genoemde, bijzondere aansprakelijkheidsbepalingen.<sup>47</sup> Het verhaal blijft in beginsel mogelijk indien voor de aansprakelijkheid van de laedens geen beroep op zo'n bijzondere aansprakelijkheidsbepaling wordt gedaan maar juist op een 'klassieke' aansprakelijkheidsbepaling (bijv. art. 6:162 BW). Wel zal het de verhaal zoekende verzekeraar dan zwaarder vallen de aansprakelijkheid van de laedens te bewijzen.

39. Zie HR 5 november 1976, NJ 1978, 72 (*Nieuw Rotterdam/Dirne*). De Hoge Raad besliste dit voor de werking van het met art. 6:34 BW vergelijkbare art. 1422 BW (oud). Zie ook Rb. Arnhem 5 april 2006, LJN AW7199.

40. Vgl. in dit verband Rb. Utrecht 3 januari 2007, S&S 2008, 32.

41. Zie Hendrikse/Martius/Rinkes, *Parl. Gesch. Verzekering*, p. 206.

42. Zie F.H.E. van der Moolen, *NTHR* 2005, p. 97.

43. T.L. Cieremans, in: *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), art. 7:962 BW, aant. 5.

44. Frenk, *VR* 2005, p. 267.

45. Vgl. HR 17 november 2006, NJ 2007, 202.

46. Zie over de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten in kritische zin: H.Th. Bouma, 'De gevolgen van de Tijdelijke regeling verhaalsrechten', in: (*Nieuw*) BW en personenschade, Lelystad: Vermande 1992, p. 27 e.v. en Gerrit van Maanen & Paul Römers, *De Tijdelijke regeling verhaalsrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994.

47. Vgl. ook Hof Leeuwarden 7 mei 1997, NJ 1998, 292.

In de derde plaats moet aangenomen worden dat art. 7:962 BW niet toepasselijk is in het bijzondere geval dat de vordering van de gelaedeerde verzekerde niet voor overgang vatbaar is. Naar huidig recht valt met name te denken aan een vordering tot vergoeding van immateriële schade. Vgl. art. 6:106 lid 2 BW. Dat artikel zal overigens worden aangepast ingevolge wetsontwerp 28 781 (smartengeld).<sup>48</sup> Art. 6:106 lid 2 BW komt dan te luiden: 'Het recht op een vergoeding voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, is niet vatbaar voor beslag.' Maar overdraagbaar wordt de vordering dan wel.<sup>49</sup>

De vraag rijst of subrogatie ook geblokkeerd wordt door een afspraak tussen laedens en gelaedeerde waarbij de schadevordering niet overdraagbaar verklaard wordt (art. 3:83 lid 2 BW). Hoewel subrogatie een vorm van overgang en niet van *overdracht* van de vordering is, lijkt het ons verdedigbaar dat een dergelijke niet-overdraagbaarheid, waar die beoogt te voorkomen dat een derde schuldeiser wordt van de laedens, ook de subrogatie frustreert.<sup>50</sup>

Voor zover een dergelijk beding gemaakt wordt nádat het risico zich heeft verwezenlijkt wordt de gestie van verzekerde uiteraard getroffen door het gebod zich te onthouden van gedragingen welke aan het recht van verzekeraar afbreuk doen (hierboven par. 6).

## 9. SOMMENVERZEKERING

Voor toepassing van art. 7:962 BW dient sprake te zijn van een *schadeverzekering* als bedoeld in art. 7:944 BW. De door de verzekeraar verstrekte uitkering moet verband houden met de door de verzekerde geleden schade. Art. 7:962 BW vindt geen toepassing bij de zuivere sommenverzekering. De Hoge Raad overwoog in het arrest

*Spoorwegongeval De Vink*<sup>51</sup> dat art. 284 WvK (oud), nu daarin gesproken wordt van vergoeding van schade, niet van toepassing was op verzekeraars die krachtens een sommenverzekering aan de begunstigden een vast, niet aan schade gerelateerd bedrag uitkeren. Ondanks de reeds door Meijers in zijn noot onder het arrest geuite kritiek is dit sindsdien vaste rechtspraak. De Nieuw BW-wetgever heeft met de plaatsing van art. 7:962 BW in de afdeling Schadeverzekering duidelijk gemaakt de subrogatie niet op de sommenverzekering te willen betrekken.<sup>52</sup>

De vraag of een verzekering het karakter van een sommenverzekering heeft en niet strekt tot vergoeding van schade, zal beoordeeld moeten worden door de rechter die over de feiten oordeelt. Zie bijv. HR 6 juni 2003, *NJ* 2004, 670; HR 3 oktober 2008, *NJ* 2009, 80 en Hof Arnhem 4 november 2008, *LJN* BH2850.<sup>53</sup> Wordt het sommenverzekerskarakter aangenomen, dan is er geen plaats voor subrogatie ex art. 7:962 BW.<sup>54</sup> De verzekerde gelaedeerde zou in dat geval zelf schadevergoeding van de laedens kunnen vorderen (bijv. ex art. 6:107 BW) ongeacht de hoogte van het van zijn (sommen)verzekeraar ontvangen bedrag.

Er is intussen ook (lagere) rechtspraak waarin de uitgekeerde som als voordeel in aanmerking wordt genomen bij de bepaling van de schadevordering op de laedens.<sup>55</sup> Het eigenaardige is dat in die uitspraken door de rechter als reden voor de voordeelsverrekening wordt aangevoerd de omstandigheid dat de (sommen)uitkering wordt aangemerkt als een vergoeding voor inkomensschade.

Zou het niet meer voor de hand liggen art. 7:962 BW toepasselijk te achten voor zover van (inkomens)schadevergoeding sprake is? Voor verzekerde/gelaedeerde maakt dit geen verschil, maar het bevredigt toch meer het

48. *Kamerstukken I* 2004/05, 28 781, nr. A.

49. Frenk, *VR* 2005, p. 266 wijst erop dat er weinig verzekeraars zijn die ook immateriële schade dekken, maar dat ze er wel zijn (bijvoorbeeld de schadeverzekering voor inzittenden en de ingevolge art. 7 Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen verplicht te sluiten verzekering).

50. Vgl. A.I.M. van Mierlo, *Verbintenissenrecht* (losbl.), art. 6:150 BW, aant. 6, die een vergelijkbaar standpunt inneemt ten aanzien van de situatie waarin een *wettelijke* cessieverbod geldt. Overigens wordt veelal betoogd dat de onoverdraagbaarheid van een vordering niet iedere overgang door middel van subrogatie uitsluit. Zie Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-II\* 2009, nr. 276 en R.M. Wibier, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen*, 2009, p. 11 en 50, die differentieert naargelang er sprake is van contractuele (art. 6:150 onder d BW) of wettelijke subrogatie.

51. HR 31 december 1931, *NJ* 1932, p. 419 (m.nt. EMM).

52. C.C. van Dam, 'De schadeverzekering naar komend recht', in: A.J.M. Nuytink e.a., *Verzekering naar komend recht* (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' en de Vereniging voor de verzekeringswetenschap), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 104-105; P.L. Wery & M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 98-99; Asser/Clausing/Wansink 2007, nr. 425.

53. In alle genoemde gevallen gaat het om arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. In het eerste geval faalden de klachten tegen de vaststelling door het hof dat sprake was van een schadeverzekering. In het tweede geval bleef 's hofs oordeel dat sprake was van een sommenverzekering in stand. In het derde geval laat het hof in het midden of sprake is van een schade- of sommenverzekering. Vgl. ook E.J. Wervelman, 'Over het karakter van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Wat is het nu: een schade- of een sommenverzekering?', *NTHR* 2009, p. 44 e.v.

54. Zie ook Asser/Clausing/Wansink 2007, nr. 425 en F.H.J. Mijnsen, 'Een paar facetten van door een verzekeraar te nemen verhaal', in: Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, C. de Groot, P.A.C.E. van der Kooij & S.J.A. Mulder (red.), *Zekerheidshalve, opstellen aangeboden aan Prof. Mr. M.M. Mendel*, Deventer: Kluwer 2003, p. 88-89.

55. Art. 6:100 BW dwingt er niet toe dat de schadevordering op de derde moet worden verminderd met het door de sommenverzekeraar uitgekeerde bedrag. Zie al HR 28 november 1969, *NJ* 1970, 172 (*IBC/Derkx*; m.nt. GJS). Wel kan de rechter de omvang van de schadevergoedingsverplichting steeds matigen op grond van art. 6:109 BW. Een aantal lagere rechters merkt intussen de sommenverzekersuitkering aan als een voordeel dat op grond van art. 6:100 BW met de schadevordering op de derde moet worden verrekend. Zie Rb. Arnhem 7 juni 2006, *LJN* AY0497 en het in de tekst genoemde arrest Hof Arnhem 4 november 2008, *LJN* BH2850. Ook Hof Den Bosch 22 juli 2003, *NJ* 2004, 367 kwam tot verrekening, maar daar was de sommenverzekering waarvan gelaedeerde profiteerde afgesloten door de aansprakelijke partij, zodat dan moeilijk is vol te houden dat het afsluiten van die sommenverzekering de aansprakelijke 'niet aangaat', zoals de HR in *IBC/Derkx* overwoog.



rechtsgevoel in deze situatie verzekeraar (en daarmee indirect het collectief van verzekerden) een verhaalsrecht toe te kennen dan de laedens profijt te laten trekken van de bestaande verzekering.<sup>56</sup>

Erkend moet echter worden dat de Hoge Raad de door de lagere rechters gevolgde weg van voordeelsverrekening zelf gewezen heeft in zijn arrest van 4 februari 2000, *NJ* 2000, 600 (*Weduwe Raphael*), zulks met een beroep op de gang van zaken in de Tweede Kamer bij gelegenheid van de vaststelling van art. 6:107 en 108 BW.

Bij overlijden van de verzekerde ligt het volgens vaste rechtspraak iets anders. De nabestaanden kunnen dan slechts schadevergoeding (ex art. 6:108 BW) vorderen van de derde voor zover zij – ook als gevolg van (het recht op) de uitkering krachtens de sommenverzekering – gelet op de omstandigheden waarin zij (zijn komen te) verkeren, daaraan behoefte hebben. De aanspraak op de uitkering uit de sommenverzekering vermindert de behoefteigheid en leidt daarmee tot verlaging van de vordering op de derde.<sup>57</sup>

## 10. ALTERNATIEVE VERHAALSACTIES

Hiervoor bespraken wij diverse beperkingen van en uitzonderingen op het wettelijk verhaalsrecht van de verzekeraar. De aan art. 7:962 BW inherente beperkingen kunnen in sommige situaties tot een ongewenst resultaat leiden. De vraag of alternatieve verhaalsacties mogelijk zijn, komt dan in beeld.

Verzekeraars trachten wel tot een oplossing te komen door in de polisvoorwaarden te bedingen dat de verzekerde na ontvangst van de verzekeringsuitkering al zijn buiten art. 7:962 BW vallende rechten ter zake jegens derden aan de verzekeraar moet overdragen (vgl. art. 3:83 e.v. BW). Dergelijke bedingen hebben uiteraard als nadeel dat zij de medewerking van de (beschikkingsbevoegde) verzekerde behoeven. De beoogde overdracht zal bijvoorbeeld afstuiten op het faillissement van de verzekerde. Ook indien onder de laedens door een schuldeiser van de verzekerde beslag is gelegd op de over te dragen vordering zullen er problemen rijzen voor de verzekeraar. Een alternatieve grondslag voor verhaal kan alleen in uitzonderlijke omstandigheden worden gevonden in art. 6:162 BW, voor het geval de laedens rechtstreeks jegens de verzekeraar aansprakelijk is uit onrechtmatige daad.

De Hoge Raad overwoog in het *Vonk*-arrest<sup>58</sup> dat een verzekeraar zich gelet op de – thans in art. 6:163 BW geformuleerde – relativiteitseis alleen op deze verhaalsgrondslag kan beroepen in het uitzonderingsgeval dat de laedens de schade aan de verzekerde heeft toegebracht met de bedoeling de verzekeraar te benadelen. De zware bewijslast daarvan rust op de verhaal zoekende verzekeraar. De mogelijkheid voor de verzekeraar om op basis van onrechtmatige daad zelf schadevergoeding van de laedens te vorderen is dus op basis van het *Vonk*-arrest zeer beperkt.<sup>59</sup> Het heeft overigens niet aan kritiek op het *Vonk*-arrest ontbroken, terwijl het ook afgezien van die kritiek de vraag is of dit arrest nog past in de leer omtrent de relativiteit van de onrechtmatige daad, zoals die thans door de Hoge Raad wordt toegepast.<sup>60</sup>

Volgens het *Vonk*-arrest is verzekeraar voor zijn verhaal op de derde dus als regel aangewezen op de schadevordering van de gelaedeerde/verzekerde. Opmerking verdient dat verzekeraar deze vordering ook door middel van cessie zou kunnen verwerven. De constructie zou dan zo zijn dat de verzekeraar slechts tot uitkering aan de verzekerde/gelaedeerde zou overgaan nadat de verzekerde/gelaedeerde zijn vordering op de derde aan de verzekeraar heeft overgedragen. Dat de wetgever rekening heeft gehouden met de cessie-mogelijkheid blijkt duidelijk uit art. 7:962 lid 2 BW in welke bepaling subrogatie en cessie naast elkaar worden gepresenteerd als mogelijkheden.

De immuniteitsuitsluiting van art. 7:962 lid 3 BW kan overigens nooit omzeild worden door de schadevordering op de laedens aan verzekeraar te cederen. Art. 7:962 lid 3 BW bepaalt dat verzekeraar geen vordering ‘krijgt’ op de immuun verklaarde personen. Daarmee is uitdrukkelijk bedoeld cessiepogingen de kop in te drukken.<sup>61</sup> Het lijkt in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever ook andere constructies die de strekking hebben de immuniteit te doorbreken in de ban te doen. Men denke bijvoorbeeld aan een door verzekeraar aan verzekerde verstrekte lening ter hoogte van de uitkering waarop verzekerde aanspraak had kunnen maken, welke lening alleen hoeft te worden afgelost voor zover (door verzekerde) schadevergoeding van de (‘immune’) laedens kan worden verkregen.<sup>62</sup> Uiteraard zou ook een dergelijke constructie de medewerking van verzekerde behoeven, welke in veel gevallen van lid 3 niet voor de hand ligt.

56. Zo reeds Meijers in zijn noot onder HR 31 december 1931, *NJ* 1932, p. 419 (*Spoorwegongeval De Vink*); Dorhout Mees/Wachter, *Schadeverzekeringsrecht* 1967, nr. 554-555; J. Kist, *WPNR* 1969, p. 67; R. Bonneur, ‘De wettelijke subrogatie van art. 284 K.’, *VA* 1975, p. 111; Hof Leeuwarden 6 februari 1957, *NJ* 1957, 664; Rb. Maastricht 14 november 1963, *NJ* 1965, 292.

57. Zie o.a. HR 8 maart 1963, *NJ* 1963, 317 (*Weduwe Bergsma*; m.nt. HB); HR 19 juni 1970, *NJ* 1970, 380 (*NMB/Eagle Star*); HR 13 december 1985, *NJ* 1986, 246 (m.nt. G.); HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 600 (*Weduwe Raphael*; m.nt. MMM). De Hoge Raad maakt op deze behoefteigheidsregel in bepaalde gevallen een uitzondering voor vorderingen van minderjarige kinderen op de laedens. Zie HR 5 juni 1981, *NJ* 1982, 221 (*Kinderen Hony*; m.nt. CJHB), HR 28 februari 1986, *NJ* 1987, 100 (*Kinderen Snippe*) en HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 724. Vgl. T. Hartlief, ‘Vergoeding van overlijdensschade: abstract of concreet?’, *AA* 2008, p. 896 e.v. Zie ook L. Mok, *Onrechtvaardige rechtspraak* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1979.

58. HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, p. 299 (m.nt. EMM).

59. Vgl. in dit verband ook Hof Leeuwarden 10 augustus 2005, *LJN* AU0823.

60. Deze zin lijkt ons actueel hoewel zij vrijwel letterlijk is overgenomen uit een door Mijnsen reeds op 18 november 1969 gehouden voordracht voor de Studiekring Offerhaus. Zie F.J.J. Mijnsen, *Regresrecht van de schadeverzekeraar*, Amsterdam: Scheltema & Holkema 1970, p. 6. Zie voor kritiek op het arrest reeds Meijers in zijn noot onder het arrest. Zie ook T.J. Dorhout Mees & B. Wachter, *Schadeverzekeringsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967, nr. 530; Mulder (diss.) 1988, p. 29 e.v.; H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, nr. 6.67.

61. Hendrikse/Martius/Rinkes, *Parl. Gesch. Verzekering*, p. 201-202.

62. Vgl. voor een dergelijke constructie – daar overigens niet gebruikt ter ontwijking van art. 7:962 lid 3 BW – Rb. Rotterdam 22 juli 2009, *LJN* BJ5446, r.o. 2.15.

Ook de dwingende verbaalsuitsluitingen van art. 6:197 lid 1 en 2 BW gelden niet alleen voor de wettelijke verhaalsmogelijkheid, maar ook voor het uitoefenen van verhaal langs andere, contractuele weg. Art. 6:197 lid 3 BW verhindert dat verzekeraars zich verhalen door krachtens overeenkomst verkregen (in lid 2 genoemde) rechten jegens de laedens uit te oefenen. Evenmin is toegestaan dat de laedens ten behoeve van de verzekeraar door de gelaedeerde wordt aangesproken. Art. 6:197 lid 3 BW leidt er dus toe dat vrijwillige of in de polisvoorwaarden bedongen overdracht door de gelaedeerde van rechten aan de verhaal zoekende verzekeraar in de situaties vallend onder de Tijdelijke regeling verbaalsrechten nietig is.

## 11. AFSLUITENDE OPMERKINGEN

Naar onze indruk bestaan geen grote knelpunten bij de toepassing van de subrogatieregeling van art. 7:962 BW. Dat hoeft niet te verbazen. De huidige regeling wijkt niet ingrijpend af van de oude in het WvK die in 1838 als noviteit het levenslicht zag.<sup>63</sup> Vele kwesties zijn zodoende in de loop der tijd door de rechtspraak opgelost. Het meest problematisch zijn wellicht de situaties waarin de subrogatie juist niet werkt. Wij denken vooral aan de Tijdelijke regeling verbaalsrechten en de sommenverzekering. Daar doet zich licht het geval voor dat de laedens in meer of mindere mate profijt trekt van de door gelaedeerde gesloten verzekering. Dat vloekt met de bedoeling van de subrogatieregeling die juist beoogt zulk profijt te voorkomen. Dat de uitkomst voor de laedens dan nog weer anders uit kan pakken wanneer hij door de gelaedeerde verzekerde zelf wordt aangesproken, maakt het systeem niet bevredigender.

---

63. Vgl. H.J. Scheltema, *Verzekeringsrecht* 1945, p. 22.